

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA TERCERA DE DECISION LABORAL

PROCESO	Ordinario
DEMANDANTE	GUILLERMO ALBERTO GARCÍA CANO
DEMANDADO	AFP Porvenir S.A. y COLPENSIONES
PROCEDENCIA	Juzgado 004 Laboral del Cto. de Medellín
RADICADO	05001 3105 004 2016 00847 01
INSTANCIA	SEGUNDA
PROVIDENCIA	SENTENCIA Nro. 123 de 2021
TEMAS Y SUBTEMAS	Ineficacia de traslado
DECISIÓN	Modifica y confirma sentencia recurrida

Hoy, **treinta (30) de junio de dos mil veintiuno (2021)**, el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Medellín, Sala Tercera de Decisión Laboral integrada por los magistrados: Martha Teresa Flórez Samudio, Orlando Antonio Gallo Isaza y como ponente Luz Amparo Gómez Aristizábal, procede a emitir pronunciamiento frente al recurso de apelación interpuesto los apoderados de todas las partes y consulta para **Colpensiones**, dentro del proceso que contra esta entidad y la **AFP Porvenir S.A.** promueve el señor **Guillermo Alberto García Cano**, código de radicado único nacional 05001 3105 **004 2016 00847** 01.

La Magistrada ponente, en acatamiento de lo previsto en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con los acuerdos del Consejo Superior y Seccional de la Judicatura, sometió a consideración de los restantes integrantes de la Sala el proyecto discutido y aprobado virtualmente en acta N° 21, que se adopta como sentencia y se plasma a continuación:

Antecedentes

Para lo que interesa a esta instancia se tiene que el demandante pretende la declaratoria de la nulidad, ineficacia o inexistencia, según se demuestre, de su traslado al RAIS y en consecuencia, que Porvenir debe entregar o trasladar a Colpensiones el valor de los aportes recibidos, cotizaciones, bonos pensionales, títulos pensionales, rendimientos, intereses y cualquier otro concepto que esté en la cuenta de ahorro individual; Colpensiones deberá recibir tales valores, realizando el cómputo de semanas. Pide también el pago de perjuicios materiales y morales que estima en la suma de 200 salarios mínimos legales mensuales vigentes o los que el juez considere y condena en costas.

En sustento de ello afirma que, nació el 1 de abril de 1960, ha laborado para diferentes empleadores, realizando cotizaciones al ISS hoy Colpensiones, con traslado al RAIS desde abril de 1998, AFP Horizonte hoy Porvenir S.A.. Agrega que el empleado del que recibió asesoría no tenía conocimiento de la información requerida, sin que se le ilustrara de manera técnica y adecuada a la hora de tomar la decisión, pues no se le explicaron las características de cada uno de los regímenes pensionales, los requisitos para alcanzar pensión en uno y otro, tampoco que en el RAIS requería un capital para financiar la prestación, ni el sometimiento de la misma a los vaivenes del mercado; tampoco se le ilustró sobre las modalidades de pensión, ni cómo funciona financieramente el fondo privado, ni que para pensionarse antes de los 62 años tenía que castigar el bono pensional. No se le hizo comparativo de requisitos en ambos regímenes, ni se le informaron las posibilidades de devolverse al de prima media. No se le explicaron las consecuencias negativas del traslado. Se le dijo que la administradora del RPM se iba a quebrar. Agrega que su decisión no fue espontánea, voluntaria y libre, al ocultársele información, no cumpliendo el fondo privado con sus obligaciones. El 03 de junio de 2016 se le realizó proyección pensional, alcanzando en Porvenir una mesada de \$689.455 a los 64 años, mientras que en prima media a los 62 obtendría \$1.897.456,

siendo notable la desmejora de su situación, resultando procedente la declaratoria de ineficacia de su traslado. Puntualiza que la indebida asesoría **le ha causado perjuicios**, y que agotó debidamente la reclamación administrativa.

En auto del **16 de septiembre de 2016**, se admitió y ordeno dar trámite a la acción. Enteradas de la existencia de la actuación, las demandadas allegaron escritos de contestación así:

Colpensiones, acepta como cierta la reclamación administrativa previa a la acción, los demás supuestos no le constan o no son hechos. Se opuso a las pretensiones que la afectan y formuló **las excepciones** de inexistencia de la obligación de aceptar el traslado de régimen pensional, ausencia de causa para pedir, prescripción y compensación.

La **AFP Porvenir S.A.**, opuso resistencia a las pretensiones. Frente a los hechos tiene como parcialmente cierta la afiliación del demandante a la AFP como se acredita con el correspondiente formulario, sociedad que se fusionó con la AFP Horizonte, en el mes de diciembre de 2013. Parcialmente ciertas algunas explicaciones como la posibilidad de pensión anticipada, que es perfectamente viable en el RAIS y la proyección de mesada por solicitud que hiciera a esa administradora. Los demás supuestos no son ciertos. No son hechos. O falta técnica en su formulación. Admite que el señor García Cano se afilió a esa administradora en el mes de abril de 1998, encontrándose sus asesores plenamente capacitados para suministrar una información adecuada y completa, tomando la decisión luego del debido asesoramiento, pues se le explicaron *las características de cada uno de los régimen pensionales, y una vez recibida la correspondiente asesoría, de manera libre y sin presiones, decidió afiliarse al RAIS... si fue ilustrado acerca de las características y funcionamiento de los dos regímenes pensionales, así como también se le dieron a conocer las condiciones y requisitos para acceder a la pensión de vejez en cada uno de ellos.* Seguidamente cita los fundamentos y argumentos de

defensa, destacándose dentro de estos lo relativo a la no estructuración de los supuestos para la prosperidad de la indemnización de perjuicios reclamada. Formuló **las excepciones** de falta de causa para pedir, buena fe, inexistencia de las obligaciones demandadas, prescripción, ausencia de responsabilidad atribuible a la AFP, ausencia efectiva del daño e inexistencia del daño alegado.

Aunque inicialmente se vinculó al trámite al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en la etapa pertinente de la audiencia del artículo 77 del C. P. T. y de la S.S. el apoderado demandante desistió de las pretensiones contra esta entidad, lo que fue debidamente coadyuvado y aceptado por el Juzgado sin que se impusiera condena en costas.

La primera instancia culminó con **sentencia** proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito, en la que declaró la ineficacia del traslado que el demandante hizo del ISS hoy COLPENSINES a la AFP Porvenir S.A., ordenando a esta sociedad que dentro de los 30 días siguientes a la firmeza de la decisión, devuelva a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación y que actualmente integran la cuenta de ahorro individual, tales como aportes, rendimientos y deberá **retornar indexadas las cuotas de seguros y reaseguros y pagos al fondo de garantía de pensión mínima**. Ordenó a Colpensiones permitir el retorno del afiliado al RPMPD y brindarle todas las garantías del mismo, recibiendo los valores a restituir por la AFP para que su equivalencia se actualice en el histórico de aportes. **Absolvió** del pago de perjuicios materiales y morales, Declaró probada la excepción de mérito propuesta por Colpensiones de **imposibilidad de aceptar la afiliación antes de la decisión aquí tomada**, las demás y las formuladas por la Porvenir S.A. no se configuraron. Gravó con costas a las accionadas, fijando el monto de las agencias en derecho en la suma de \$3.500.000,00. \$3.000.000 a cargo de

la AFP y \$500.000 a cargo de Colpensiones y finalmente, dispuso grado jurisdiccional de consulta para esta última entidad.

Argumentó el fallador que la AFP no demostró el cumplimiento del deber de información exigido por las normas vigentes para el momento de migración del demandante del RPMPD al RAIS, ni se realizó re asesoría en la que se le ilustrara en detalle sobre la dinámica del Régimen de Ahorro Individual y su comparación con el de Prima Media y las oportunidades para retracto o retorno, razón por la que no puede hablarse de una libertad informada en los términos del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, lo que conlleva la imposición de la sanción de ineficacia establecida en el artículo 271 del mismo estatuto, de acuerdo con las subreglas de la jurisprudencia especializada, con las consecuencias ya indicadas, sin que frente a la acción tendiente a obtener tal declaratoria opere el fenómeno extintivo de la prescripción. Agregando que Colpensiones no podía dirimir directamente el asunto, porque para el momento en que se solicitó el retorno, el demandante se encontraba dentro de la restricción del artículo 2º de la Ley 797 de 2003. En cuanto a los perjuicios reclamados, indicó, de un lado, que con la decisión tomada se restablecen las condiciones para pensión en el régimen de prima media; y de otro que los mismos no quedaron debidamente acreditados, por lo que desestimó esta pretensión.

El **recurso de apelación** fue interpuesto por todas las partes así:

Apoderado del **demandante**, frente a la absolución por perjuicios reclamados, porque si bien respeta la posición mayoritaria de la Corte Suprema y del Tribunal frente al tema, al exigir que los mismos deben ser probados, se debe reevaluar esta postura en el caso de la ineficacia, especialmente en los morales, porque si bien podría pensarse y compartirse que si la decisión que se toma es confirmada por el tribunal y en todas las instancias, incluso recurso extraordinario, podría revertir los perjuicios

materiales, entendidos como la diferencia pensional en uno y otro régimen, no sucede lo mismo con los morales, pues las personas, como lo dicen los interrogatorios de parte y como lo dijo demandante, al verse pensionadas o ver en riesgo o creer que pueden llegar a un salario mínimo y por haber sido defraudados en su buena fe y haber sido engañados, el hecho de tener hoy una decisión que podrá revertir esa situación no borra de tajo las preocupaciones que pudo haber tenido, noches sin dormir, contratar abogado, pendiente de fecha de diligencia, incertidumbre de si gana o pierde y en muchos casos, por experiencia del profesional, especialmente en sector público el trabajador no se atreve a retirarse esperando que la situación se resuelva, lo que obedece a la preocupación de brindar mejor futuro a los hijos, que no se logra con un salario mínimo, por lo que a su juicio, **los perjuicios morales en este tipo de procesos deben presumirse**, pues es de sentido común que personas después de 20, 30 o 40 años de trabajo o servicio a la sociedad se preocupen bastante y no poquito por esta situación, por lo que debe aplicarse el mismo criterio que cuando una persona fallece, debiendo presumirse e invertirse la carga de la prueba, por la angustia que genera la situación pensional, además de no existir tarifa legal probatoria, por lo que no se puede exigir un dictamen o pericia de pérdida de capacidad laboral o de psiquiatra, porque a la gente le da pena consultar, debiendo para este caso **presumirse 120 salarios mínimos legales o lo que se considere al arbitrio del fallador**, no compartiendo la decisión en este aspecto, peticionando su revocatoria.

Y finalmente, por las dificultades que en ocasiones se presentan para el cumplimiento de las sentencias por parte de Colpensiones, estima que no debió declararse configurada la excepción de imposibilidad de aceptarse la afiliación del demandante, pues si bien ello es cierto, se debe revocar este punto y dejar en firme los ordinales 1º, 2º y 3º que contienen claras obligaciones para porvenir y Colpensiones.

La **AFP Porvenir S.A.**, manifestó inconformidad con la declaratoria de ineficacia, la condena a restituir los gastos de administración, seguros y reaseguros, por culpa leve como lo dijo el despacho y también, la condena en costas. Argumenta que la afiliación del demandante fue plenamente valida, por lo por lo que considera improcedente la declaratoria de infancia, pues no existió vicio en su consentimiento al momento del surgimiento del acto jurídico y por el contrario, están dados todos los requisitos de ley para la validez como evidencia en el formulario de traslado del RPM al RAIS, acto que cumplió con todos los requisitos, documento firmado después de la debida asesoría y con ello se dio el consentimiento para que el traslado fuera eficaz; **en caso de confirmarse** lo relativo a la declaratoria de ineficacia, pide revocar la orden de devolver los gastos de administración, seguros y reaseguros, teniendo en cuenta que el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 autoriza tal descuento en ambos regímenes, correspondiente a un 3% que se distribuye en el pago de cuotas de administración y financiación de la pensión de invalidez y sobrevivencia, lo que quiere decir que si el afiliado perteneció sin solución de continuidad al RPM administrado por Colpensiones, en tal régimen también se hubiere generado este descuento para los mismos efectos, sin que se pueda entender que las cuotas de administración financian la pensión, pues son retribución a la gestión de la AFP y teniendo en cuenta que Colpensiones no administró los aportes durante tiempo de afiliación, no existe razón jurídica para que se deban adjudicar tales conceptos a esta entidad, máxime que Porvenir reintegrara los rendimientos financieros que generó su juiciosa gestión. En cuanto a los **seguros y reaseguros**, disponer su devolución es un desatino porque son conceptos que se destinaron al pago de las primas de invalidez y sobrevivencia, estando autorizados por el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, en beneficio del afiliado, y también se hubieren descontado en el RPM, además no existe norma que permita aplicar esta sanción por culpa leve a cargo de las administradoras de pensiones, pues las que invoca la jurisprudencia laboral, arts. 1746 del c.c. y 963 hablan de restituciones

mutuas y mayor valor de la cosa cuando se presenta detrimento del bien administrado, lo que no se probó, pues por el contrario, los aportes generaron rendimientos. Se **opone** también a la condena en costas, la que resulta bastante alta, teniendo en cuenta las particularidades del caso concreto y que la entidad siempre actuó de buena fe y con estricta sujeción a la ley.

Colpensiones, manifiesta expresamente conformidad la mayoría de la parte resolutive, centrando su descontento con la condena en costas, al ser un tercero ajeno a la relación jurídico sustancial, y si bien pudo haberse opuesto, ello obedece al impedimento legal del art. 2º de la Ley 797 de 2003, frente a personas que les faltaren menos de 10 años para regresar al régimen de prima media, agregando que en este tipo de procesos la entidad nunca es condenada a este rubro, a menos que haya multivinculación, lo que no ocurre, o que persona esté inmersa en régimen de transición y fondo privado y público no hicieron el trámite administrativo que pudiera acelerarlo. Pide revocar este aspecto.

En lo no recurrido, se conoce en consulta para esta última entidad, artículo 69 C. P. T. y de la S.S..

De la oportunidad para presentar alegaciones hizo uso la apoderada de la **AFP Porvenir S.A.,** manifestando que no comparte la decisión de la primera instancia, al no obrar dentro del proceso ninguna prueba que respalde en forma fehaciente y concluyente la afirmación sobre la omisión de información al momento de efectuar el acto de traslado, obrando formulario de vinculación que el señor García Cano suscribió de su puño y letra, tomando la decisión en forma autónoma y con pleno conocimiento, gozando tal acto de plena validez al ser producto de la voluntad de ambos contratantes, máxime cuando el documento no fue tachado de falso.

En cuanto a la devolución del saldo de la cuenta de ahorro individual con destino al RPMP, cita el artículo 7º del Decreto 3995 de 2008 que regula el traslado de recursos, compensándose las cuotas de administración con los rendimientos generados, por lo que no se debe ordenar el reintegro de estas. Pide revocar la sentencia y desestimar las pretensiones.

El apoderado de **Colpensiones**, solicita tener en cuenta que el demandante se encuentra dentro de la restricción prevista por el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, que modifico el literal e) del 13 de la Ley 100 de 1993, e igualmente el contenido del artículo 4º del Decreto 2241 Régimen del Consumidor Financiero del Sistema General de Pensiones, que no solo consagra deberes para las administradoras de pensiones sino también para el usuario, sin que pueda el afiliado asumir una actitud 100% pasiva respecto a los movimientos, rendimientos y utilidades de su dinero, ya que ello no es admisible frente a un derecho tan trascendental como lo es la pensión.

Agrega que en la sentencia C 1024 de 2004, la Corte explica que la restricción del artículo 2º de la Ley 797 de 2003, modificatoria del literal e) del artículo 13 de la Ley 100, tiene como fin evitar la descapitalización del fondo común del RPMPD y simultáneamente, defender la equidad en el reconocimiento de las pensiones del RIAS, pues se aparta del valor material de la justicia, que personal que no han contribuido a obtener una alta rentabilidad de los fondos de pensiones, puedan resultar finalmente beneficiarias del riesgo asumido por otros, sin que el impacto monetario que acarrea el traslado pueda ser la causa que genere la ineficacia. Cita apartes de la sentencia SL413-2018.

Ruega revocar íntegramente la decisión y en caso de mantenerse se ordene la restitución íntegra de recursos debidamente indexados.

En orden a decidir, basten las siguientes,

Consideraciones

Teniendo en cuenta los planteamientos en que se sustentan los recursos de apelación interpuestos, y el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, el **problema jurídico** en esta instancia, se contrae a determinar, si procede la ineficacia del traslado del demandante del RPMPD al RAIS, o por el contrario la razón está de parte de la AFP Porvenir S.A.. En el evento de llegarse a la misma conclusión del a quo, se establecerá si es viable su retorno automático al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES, con las consecuentes restituciones económicas, y los conceptos que estas comprenden; y finalmente, se estudiara lo atinente a la condena en costas a la AFP Porvenir S.A. y a Colpensiones.

Pues bien, se explica por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, desde la sentencia 31989 de 2008 bajo la figura de la nulidad, y a partir del año 2014 sentencia SL12136-2014, que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación o traslado de régimen desinformado es la *ineficacia* o exclusión de todo efecto jurídico a tal acto, lo que encuentra fundamento en los artículos 13 literal b) y 271 de la Ley 100 de 1993, en armonía con el Decreto 663 de 1993, artículo 97 numeral 1º, aplicable a las AFP desde su creación, pues solo así es viable la escogencia de las mejores opciones del mercado, deber este que ha tenido una evolución en su regulación, inicialmente como información propiamente – años 1993 a 2009 conforme a Decreto 663 de 1993 – Estatuto Financiero-, Decreto 720 de 1994, y Ley 795 de 2003, entre otras disposiciones; posteriormente agregándose la asesoría o buen consejo Ley 1328 de 2009, Decreto 2241 de 2010; y por último, con la doble asesoría desde el año 2014 Ley 1748 de esta anualidad, Decreto 2071 de 2015 y Circular Externa 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera, sin que para su

exigencia tenga incidencia el hecho de gozar o no el afiliado de régimen de transición o estar próximo o no a pensionarse o tener o no consolidado su derecho pensional, y sin que de la suscripción del formulario se infiera su cumplimiento y tampoco se convalide la misma por el transcurso del tiempo o por la movilidad entre administradoras del RAIS, invirtiéndose en estos casos la carga de la prueba, quedando en cabeza de las AFP la obligación de acreditarla, la que por demás se juzga al momento del acto inicial, sin que se convalide por actuación o reasesoría posterior, ello por la relevancia e implicaciones que conlleva para el derecho pensional, de carácter fundamental a voces del artículo 48 Superior y 4º de la Ley 100 de 1993 (ver entre otras sentencias SL19447-2017, SL4964-2018, SL4989-2018, SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019, SL1838-2019, SL4343-2019, SL4937-2019, SL5144-2019, SL 5462-2019, SL5533-2019, SL149-2020, SL373-2020, SL1763-2020, SL081-2021 y SL145-2021), tesis ratificada vía tutela por la misma Corporación entre otras en sentencias (STL3182-2020, STL3187-2020, STL3191-2020, STL3193-2020, STL3196-2020, STL3197-2020, STL3199-2020, STL3200-2020, STL3201-2020, STL3202-2020, STL3226-2020, STL, 18 mar. 2020, rad. 56794, STL, 18 mar. 2020, rad. 57402, STL, 18 mar. 2020, rad. 57902, STL, 18 mar. 2020, rad.58678, STL, 18 mar. 2020, rad. 58918, STL, 18 mar. 2020, rad. 59124, STL, 15 abr. 2020, rad. 57168, STL, 15 abr. 2020, rad. 59268, STL, 30 abr. 2020, rad. 59302).

Y no es suficiente la suscripción de formulario con leyenda pre impresa para inferir la debida asesoría y con ello el consentimiento informado, porque como se tiene decantado por la jurisprudencia especializada, en pronunciamientos que se condensan en sentencia de tutela radicación 59.370 del 06 de mayo de 2020:

¿El deber de información se acredita con la suscripción del formulario?

Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los

formatos preimpresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado.

Así, en sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, reiterada en CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31314, CSJ SL, 22 nov. 2011, rad. 33083, SL19447-2017 y SL4964-2018, la Corte adocrinó:

No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que "se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones", pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña.

A su vez, en sentencia CSJ SL12136-2014, reiterada en CSJ SL19447-2017 y CSJ SL4964-2018 señaló:

A juicio de esta Sala no podría argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito.

En idéntica dirección, en fallo CSJ SL19447-2017 refirió:

Así que es la propia ley la que sanciona, con severidad, el incumplimiento íntegro de los deberes de información que les atañe e incluso, para la controversia aquí suscitada ello era determinante, de un lado porque la simple manifestación genérica de aceptar las condiciones, no era suficiente y, de otro, correspondía dar cuenta de que se actuó diligentemente, no solo por la propia imposición que trae consigo la referida norma, sino porque en los términos del artículo 1604 del Código Civil, la prueba de la diligencia y cuidado incumbe a quien debió emplearlo y, en este específico caso ellas no se agotan solo con traer a colación los documentos suscritos, sino la evidencia de que la asesoría brindada era suficiente para la persona, y esto no se satisfacía únicamente con llenar los espacios vacíos de un documento, sino con la evidencia real sobre que la información plasmada correspondiera a la realidad y atendiera las pautas para que se adoptara una decisión completamente libre, en las voces del referido artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

[...] no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario, aunque lo incorporado en él fuese contra evidente, es decir a pesar de la realidad patente de que la actora, para cuando lo suscribió, tenía un derecho consolidado y además la información dada era falaz, desde todo punto de vista, como ya se explicó.

[...] De manera que, conforme lo discurrido queda claro que existirá ineficacia de la afiliación cuando quiera que i) la insuficiencia de la información genere lesiones injustificadas en el derecho pensional del afiliado, impidiéndole su acceso al derecho; ii) no será suficiente la simple suscripción del formulario, sino el cotejo con la información brindada, la cual debe corresponder a la realidad; iii) en los términos del artículo 1604 del Código Civil corresponde a las Administradoras de Fondo de Pensiones allegar prueba sobre los datos proporcionados a los afiliados, los cuales, de no ser ciertos, tendrán además las sanciones pecuniarias del

artículo 271 de Ley 100 de 1993, y en los que debe constar los aspectos positivos y negativos de la vinculación y la incidencia en el derecho pensional.

Finalmente, en sentencia CSJ SL1452-2019, se consolidó que:

[...] el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.

Precisando:

... el deber de información a cargo de las AFP, en los términos en que le era exigible para la época del traslado del actor, no necesariamente se cumple con proyecciones pensionales a futuro o con la manifestación de las ventajas del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, como parece entenderlo de manera equivocada el Tribunal encausado. Lo que exigían las normas vigentes a esa fecha era dar a conocer «la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado» (numeral 1.º, artículo 97 del Decreto 663 de 1993), premisa que implica una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones, pero también la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, en un lenguaje claro, simple y comprensible. Subrayas fuera del texto original.

Agregándose por la Corporación que corresponde a las AFP, como entidades que prestan servicios financieros y de seguridad social, relativos al cubrimiento de las contingencias de vejez, invalidez y muerte, brindar la debida asesoría e ilustración por cuanto:

- *i) tales servicios están íntimamente ligados con derechos de raigambre constitucional;*
- *ii) dicha entidad es profesional y/o experta, en una materia que esta «respaldada en complejos equipos actuariales capaces de conocer los detalles de su servicio, lo que las ubica en una posición de preeminencia frente a los usuarios»;*
- *iii) la reglamentación del sistema de seguridad social es compleja y en el caso del RAIS, no solo está integrada por un asunto «hiperregulado, sometido a múltiples variables actuariales, financieras y macroeconómicas»;*

- *iv) existen limitaciones de los usuarios relacionadas con sus «condiciones económicas, sociales, educativas y culturales, que profundizan las dificultades en la toma de sus decisiones».*

Sin que se pueda presumir el debido conocimiento sobre características, condiciones, requisitos para adquirir pensión y dinámicas de funcionamiento de ambos regímenes por parte del afiliado, o imponer a este la obligación de ilustrarse sobre el particular, ni tampoco inferir de los actos de relacionamiento como recibo de los extractos o permisión de deducción de los aportes para el fondo privado.

Luego, carecen de sustento y no tienen acogida los argumentos de la AFP Porvenir S.A. resultando entonces acertada la declaratoria de **ineficacia del acto de traslado** dispuesta por la primera instancia, caracterizándose esta sanción porque desde su nacimiento el acto carece de efectos jurídicos, siendo sus efectos idénticos a los de la nulidad – vuelta al estado anterior, explicándose por el órgano de cierre de esta especialidad que en estos casos:

... los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL1689-2019, CSJSL3464-2019, CSJSL4360-2019 entre otras).

Y en sentencia SL2877-2020, radicación Nro. 78.666, fecha 29 de julio de 2020, frente al tema en concreto de las restituciones económicas, luego de transcribir el artículo 1746 del Código Civil, advirtió:

Entonces, según la norma precedente, el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deban hacer

los contratantes, que debe decretar el juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición. En otros términos, la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia.

Ahora, el restablecimiento debe ser pleno o completo, si el tipo de obligación contraída así lo permite y, por tanto, dependiendo de las circunstancias específicas de cada asunto, deben definirse tales restituciones mutuas, ejercicio que, en su labor de dispensar justicia, debe ser analizada detalladamente por el juez en cada caso en particular.

De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.

Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cubre a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implica dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; en otros términos, es la inscripción en ese esquema pensional la que se cuestiona como una sola, lo que involucra a las demás AFP, así ellas no hayan intervenido, se reitera, en la primera admisión. Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. Subrayado intencional.

Y en relación con los porcentajes para el fondo de garantía de pensión mínima dijo:

En cuanto a los aportes para financiar la garantía de pensión mínima, es oportuno señalar que el artículo 14 de la Ley 797 de 2003 estableció aportes adicionales sobre el ingreso base de cotización con destino al fondo de solidaridad pensional para financiar la garantía de pensión mínima, para quienes

devengaran entre 4 y 16 a 20 salarios mínimos legales mensuales, así como un fondo para el manejo de los mismos –artículo 14 ibídem-.

Pues bien, dicho artículo fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, a través de sentencia C-797-2004, pero quedaron vigentes los aportes adicionales, de modo que dichos recursos los manejan las administradoras de pensiones privadas, en una subcuenta separada hasta que se cree de nuevo un fondo similar que se encargue de su administración; de hecho, de la subcuenta de cada AFP se financian aquellas prestaciones. Así lo regula el artículo 8.º del Decreto 510 de 2003, hoy compilado en el artículo 2.2.5.3.4 del Decreto 1833 de 2016. Además, el artículo 7.º del Decreto 3995 de 2008 contempla que cuando se efectúe un traslado de recursos del RAIS al régimen de prima media con prestación definida, debe incluirse la cotización correspondiente para la garantía de pensión mínima.

Así, es claro que no le asiste razón al recurrente cuando refiere que «las sumas depositadas en el fondo de garantía mínima no están en su poder», debido a que el recaudo y manejo de las sumas destinadas al fondo de garantía mínima en el RAIS, en la actualidad, está a cargo de las administradoras de pensiones. Lo que desvirtúa la argumentación del a quo sobre el particular.

Y concluye la Corte:

Conforme lo anterior, el Tribunal acertó en cuanto estableció que los fondos privados accionados deben retornar a Colpensiones la totalidad de los valores recibidos por concepto de «aportes, frutos, rendimientos financieros y bonos pensionales que se encuentran en la cuenta de ahorro individual», sin descontar valor alguno por «cuotas de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima».

Acogiéndose por esta instancia un argumento de autoridad, no tienen prosperidad las razones de la AFP Porvenir S.A. tendientes a excluir de la orden de restitución las cuotas de administración y seguros previsionales, máxime cuando en sentencia de tutela radicado 59370 del 06 de mayo de 2020, el órgano de cierre de esta especialidad exhorta a los jueces a acatar el precedente vertical, en aras de la garantía de los principios de seguridad jurídica e igualdad, pudiendo apartarse del mismo siempre y cuando se cumpla con una carga argumentativa transparente y suficiente,

... mediante un proceso expreso de contra-argumentación que explique las razones del disenso, bien por: (i) ausencia de identidad fáctica, que impide aplicar el precedente al caso concreto, (ii) cambios normativos, (iii) transformaciones sociales que obligan a dar una nueva mirada a determinada

cuestión, o (iv) divergencias hermenéuticas fundadas en la prevalencia de mejores y más sólidos argumentos que permiten un desarrollo más amplio de los derechos, libertades y garantías constitucionales. Así, la posibilidad de separarse del precedente emanado de las corporaciones judiciales de cierre de las respectivas jurisdicciones supone, en primer término, un deber de reconocimiento del mismo y, adicionalmente, de explicitación de las razones de su desconsideración en el caso que se juzga (C-621-2015).

Sin que se superen en este caso tales presupuestos, sino que por el contrario, la identidad fáctica de los asuntos ya analizados por la alta corporación es total frente al que se decide en esta ocasión y sin que se haya operado un cambio normativo o transformaciones sociales que obliguen a nuevas consideraciones, por lo que no son de recibo los planteamientos de la AFP en torno a entender que las cuotas de administración cobradas son gastos que ya se causaron y ejecutaron, que se encuentran contemplados en la Ley para ambos regímenes, que el fondo adelantó una correcta gestión de administración y que no financian las prestaciones del sistema, si se es consecuente con los efectos de la ineficacia y la parte que la generó. En efecto, recae en cabeza de las administradoras el juicio de reproche al incumplimiento de sus obligaciones de acompañamiento y asesoría al demandante, generándose a partir de sus propias omisiones la obligación de que devuelvan todos los conceptos, sin que haya lugar a descuento ni equivalencia alguna.

Es intrascendente que el actor haya percibido unos rendimientos financieros a partir de la gestión administrativa del fondo de pensiones, en tanto COLPENSIONES no tiene por qué ver diezmada la cotización del asegurado, cuando debe responder por una permanencia en el régimen, sin solución de continuidad; además, que precisamente por tratarse de descuentos que también existen en el régimen de prima media con prestación definida, no deben ser realizados por las AFP sino por COLPENSIONES, que es donde siempre ha permanecido afiliado, precisándose en sentencia SL 2877 de 2020, que *"la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la*

pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida...”.-

Desde este punto de vista, no se estaría generando enriquecimiento sin causa en favor de COLPENSIONES o para el afiliado, ya que se trata de la reivindicación de unas sumas que integran la cotización y que deben dirigirse a la administradora a la que ha pertenecido siempre sin solución de continuidad.

No se está en este caso autorizando un traslado de régimen desatendiendo la restricción temporal del artículo 2º de la Ley 797 de 2003 que modificó el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, *después de un (1) año de la vigencia de la presente ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez*, sino imponiendo la sanción de ineficacia por no haberse dado una libertad informada en la elección de régimen pensional al momento del traslado, en los términos del literal b) de la misma norma en concordancia con el artículo 271 del mismo estatuto, decisión con la que en manera alguna se atenta contra la sostenibilidad financiera del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues con el traslado integro de recursos se garantiza la equivalencia de condiciones en aportes en el evento de haberse mantenido la vinculación, máxime cuando si bien es cierto esta es una regla introducida por el Acto Legislativo 01 de 2005 que modificó el 48 de la Constitución Política, debe tenerse en cuenta el Acto Legislativo 03 de 2011, artículo 1º, que modificó el artículo 334 superior relativo al régimen de Hacienda Pública, que en su **parágrafo** reza: ***al interpretar el presente artículo, bajo ninguna circunstancia, autoridad alguna de naturaleza administrativa, legislativa o judicial, podrá invocar la sostenibilidad fiscal para menoscabar los derechos fundamentales, restringir su alcance o negar su efectiva protección.***

Aparte de lo anterior, si bien es cierto el demandante en su interrogatorio afirma que una de las razones para promover esta acción es obtener una mejor mesada pensional, ello se encuentra acorde con el calificativo irrenunciable de la seguridad social, que no procura exclusivamente por el reconocimiento formal de las prestaciones fundamentales que ella comporta, sino que desde un enfoque material, busca la satisfacción en su totalidad a fin de que los derechos e intereses objeto de protección sean reales y efectivos; *en este sentido, el derecho a la pensión se ve sustancialmente afectado cuando la prestación económica no es reconocida en su monto real y con todos los elementos que la integran; si además se tiene en cuenta que una pensión deficitaria no cumple su propósito de garantizar una renta vitalicia digna y proporcional al salario que el trabajador devengó cuando tenía su capacidad laboral inalterada.* Ver sentencias SL8544 y SL 13430 de 2016.

Al imponerse al acto jurídico de traslado de régimen la sanción de ineficacia, no aplica para esta el termino prescriptivo que para la nulidad relativa prevé el artículo 1750 del Código Civil, y tampoco la trienal de las normas laborales, pues según la jurisprudencia especializada, entre otras, sentencia CSJ SL1689-2019, dicha figura no opera «*de manera automática, en perjuicio de la posibilidad de acceder a derechos laborales o pensionales que gozan del carácter de imprescriptibles*», razón por la cual «*el análisis de la pretensión relativa a la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional*», al ser «*es una cuestión inherente al derecho a la seguridad social*», que redunda en «*un aspecto ínsito a la posibilidad de adquirir una prestación pensional*» y, por tanto, puede reclamarse o hacerse exigible judicialmente en cualquier tiempo.

Con relación a la imposición de costas, en la que se incluyen las agencias en derecho, cuestionada por el apoderado de la AFP Porvenir S.A., al ser una simple consecuencia procesal del ejercicio de la acción o de la excepción, se traduce en una obligación que se dirige contra el patrimonio de la parte vencida, que otorga a favor del vencedor un derecho de reintegro de los gastos procesales en los que se ha visto obligado a incurrir

(auto Sala de Casación laboral Corte Suprema del 24 de enero de 2007, radicado 31.155, reiterado en sentencia SL 5141-2019), por lo que se confirma esta condena en primera instancia, sin que sea esta la oportunidad para debatir el monto, al contemplarse trámite especial para el efecto, **artículo 366 del C. G. del P., numeral 5**, *la liquidación de las expensas y el monto de las agencias en derecho sólo podrá controvertirse mediante los recursos de reposición y apelación contra el auto que apruebe la liquidación de costas.*

No ocurre lo mismo con esta condena frente a **Colpensiones**, pues la finalidad de su citación a este trámite es hacerle oponible las consecuencias de la declaratoria de ineficacia, garantizándose así los derechos de contradicción y defensa, presupuestos básicos del debido proceso y por esta razón no se puede afirmar que sea parte vencida, por lo que **no hay lugar a imponerle costas**, se acogen entonces los argumentos del apoderado de esta entidad al sustentar el recurso vertical y se **revoca parcialmente el numeral sexto de la parte resolutive de la decisión para exonerar al fondo público de este rubro.**

Frente a la inconformidad de la parte demandante, relacionada con la condena por **perjuicios morales**, no existe dentro del plenario ninguna prueba del daño sufrido, sin que este pueda ser presumido, tal y como lo pretende, pues el juez debe tener plena certeza de que se generaron en cada caso concreto, a partir de los medios de convicción arrimados al plenario, sin que se pueda aplicar la tesis vigente cuando de pérdida de familiares cercanos se trata, *dada la naturaleza misma afincada en el amor, la solidaridad y el afecto que es inherente al común de las relaciones familiares, presunción de hombre que, desde luego, es susceptible de ser desvirtuada dentro del proceso. (...) Idénticos parámetros jurisprudenciales maneja actualmente la Corte Suprema de Justicia que ha entendido que la valoración de este tipo de perjuicios corresponde al juez, quien podrá declarar su existencia con base en la prueba indiciaria, en la cual, el parentesco resulta ser un elemento que permite deducir y tener por demostrado el afecto derivado de las relaciones familiares, pues ninguna angustia, dolor, aflicción queda evidenciada, y menos cuando se está ante una*

expectativa frente a un derecho que aún no se ha causado y se desconoce si el hoy afiliado puede disfrutarlo en las condiciones a que aspira, por lo que se mantiene la **absolución en este apartado.**

Y en lo atinente a la configuración de la excepción de imposibilidad de Colpensiones de aceptar la afiliación del demandante antes de la decisión aquí tomada, ninguna confusión se genera, toda vez que se respalda la determinación en vía administrativa, sin que con ello se entienda subsanada la falta al deber de información que permita una libertad informada, que es la que tiene como consecuencia la ineficacia declarada, y con ocasión de esta sanción, la restitución de recursos por parte del fondo privado al público.

Finalmente, debe decirse que el fallador dispuso la indexación de los valores descontados para seguros, reaseguros y fondo de garantía de pensión mínima, sin que este punto haya sido cuestionado por la apoderada de la AFP Porvenir S.A., por lo que se mantiene tal orden.

Ante el resultado de los recursos interpuestos no hay lugar a imponer condena en costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la **Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial Medellín**, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, **revoca el numeral sexto de la parte resolutive de la sentencia** proferida dentro del proceso ordinario promovido por **Guillermo Alberto García Cano**, contra la **AFP Porvenir S.A. y Colpensiones**, para exonerar de condena en costas a Colpensiones. **En lo demás se confirma la decisión revisada.**

Sin costas en esta instancia, ante el resultado de los recursos interpuestos y por conocerse en consulta para Colpensiones.

Lo resuelto se notifica a las partes por **estados virtuales**, artículo 295 C.G. del P. en concordancia con el 15 del Decreto 806 de 2020.

Los magistrados (firmas escaneadas)


LUZ AMPARO GÓMEZ ABISTIZABAL
Magistrada


MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO
Magistrada


ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA
Magistrado

Certifico: Que el auto anterior fue notificado por **ESTADOS No. 114** fijados hoy en la secretaría de este Tribunal a las 8:00 a.m. Medellín, **1 de julio de 2021**

Secretario